

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

JONATAS WALTER BECHER

**DISCUSSÃO SOBRE A LEGITIMIDADE DOS TIPOS PENAIIS DA LEI DE DROGAS
QUE SANCIONAM LESÕES DA SAÚDE HUMANA SOB A ÓTICA DA TEORIA DO
BEM JURÍDICO**

CURITIBA

2018

JONATAS WALTER BECHER

**DISCUSSÃO SOBRE A LEGITIMIDADE DOS TIPOS PENAIIS DA LEI DE DROGAS
QUE SANCIONAM LESÕES DA SAÚDE HUMANA SOB A ÓTICA DA TEORIA DO
BEM JURÍDICO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à
Universidade Federal do Paraná como requisito
parcial para a obtenção do título de Bacharel em
Direito.

Orientador: Prof. Paulo César Busato

CURITIBA

2018

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, devo agradecer o meu orientador Paulo César Busato pelas correções e sugestões que certamente contribuíram em muito com o desenvolvimento deste trabalho.

Agradeço também o meu colega Fábio Augusto Tamborlin por gentilmente ter me emprestado dois livros que me ajudaram no momento inicial de compreensão da temática da teoria do bem jurídico penal: “O Bem Jurídico como Limitação Estatal de Incriminar?”, organizado por Luís Greco e Fernanda Lara Tórtima, e “*La Teoría del Bien Jurídico: ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?*”, organizado por Roland Hefendehl.

Agradeço o meu amado marido André Vinícius Roque Cavalcante por ter me acompanhado por toda a trajetória de elaboração deste TCC, sempre pronto para ouvir minhas inquietações e dar suas opiniões.

Agradeço a Procuradora da República Mônica Dorotéia Bora e demais integrantes de seu gabinete por terem, através das atividades de estágio, me incentivado a direcionar os meus estudos à área do direito penal.

Agradeço ainda os meus familiares pelo constante carinho e afeto que me demonstram sempre que estamos juntos.

“Há sombras nas trevas, mas as pessoas não conseguem discerni-las. Há trilhas nos céus por onde os pássaros voam, mas as pessoas não as reconhecem. Há caminhos no mar por onde os peixes nadam, mas as pessoas não os percebem”.

Nitiren Daishonin

RESUMO

O presente trabalho se propõe a discutir a legitimidade dos tipos penais da Lei de Drogas (Lei n. 11.343/2006) no que toca as condutas que alegadamente lesionam a saúde pública. Para tanto, busca-se, a partir da teoria do bem jurídico, o apontamento de limitações para o poder de incriminação do legislador ordinário. Essa busca consiste na discussão das várias condutas proibidas por aquela lei à luz das funções do bem jurídico penal (função de garantia, função interpretativa, função sistemática), da aplicação do postulado normativo da proporcionalidade (adequação, necessidade, estrita proporcionalidade) e da aferição de critérios para a limitação de condutas passíveis de criminalização pela técnica punitiva do perigo abstrato (crimes preparatórios, crimes de ação concretamente perigosa, crimes cumulativos). Para a correta compreensão da problemática, também se opera uma investigação de política criminal de drogas, especialmente quanto à conceituação de política de guerra às drogas e política de redução de danos. As conclusões a que se chega são a completa ilegitimidade dos crimes dos artigos 28 e 34, a desnecessidade de sanção penal em face das condutas de prescrever e ministrar drogas por profissional de saúde registrado e a possibilidade de, através do consentimento presumido do titular do bem jurídico, deslegitimar as incriminações ligadas ao tráfico ilícito de droga se esta for cientificamente tida como de pouco impacto à saúde individual.

Palavras-chave: Lei de Drogas. Bem Jurídico. Saúde Pública. Proporcionalidade. Perigo Abstrato. Guerra às Drogas. Redução de Danos.

ABSTRACT

This essay proposes to discuss the legitimacy of the penal types of the Brazilian Law of Drugs (Law 11.343/2006) regarding the conducts that allegedly injure public health. In order to do so, it is sought, from the theory of legal goods, the pointing of limitations to the ordinary legislator's power of incrimination. This search consists in a discussion of the various conducts prohibited by that law under the perspective of the functions of the criminal legal goods (guarantee function, interpretive function, systematic function), of the application of the normative postulate of proportionality (adequacy, necessity, strict proportionality) and of the checking of criteria for the limitation of conducts liable to criminalization by the punitive technique of abstract danger (preparatory crimes, concretely dangerous action crimes, cumulative crimes). For a correct understanding of the problem, an investigation of criminal drug policy is also carried out, especially with regard to the conceptualization of war on drugs policy and harm reduction policy. The conclusions reached are the complete illegitimacy of the crimes of articles 28 and 34, the needlessness of criminal sanction in relation to the conducts of prescribing and administering drugs by a registered health professional and the possibility, through the presumed consent of the owner of the legal good, of delegitimizing the incriminations related to illicit drug dealing if it is scientifically considered to have little impact to the individual health.

Keywords: Brazilian Law of Drugs. Legal Goods. Public Health. Proportionality. Abstract Danger. War on Drugs. Harm Reduction.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	8
2 A TEORIA DO BEM JURÍDICO PENALMENTE RELEVANTE.....	10
2.1 A DEFINIÇÃO DE BEM JURÍDICO.....	10
2.2 O BEM JURÍDICO E O OBJETO DA AÇÃO	13
2.3 AS FUNÇÕES DO BEM JURÍDICO PENAL	15
2.4 MONISMO E DUALISMO NA TEORIA DO BEM JURÍDICO	17
2.5 BEM JURÍDICO PENAL E PROPORCIONALIDADE	23
3 DISCUSSÃO SOBRE A LEGITIMAÇÃO DOS DELITOS DA LEI DE DROGAS	26
3.1 A POLÍTICA DE GUERRA ÀS DROGAS.....	26
3.2 A POLÍTICA DE REDUÇÃO DE DANOS	29
3.3 A LEGITIMIDADE ATRAVÉS DA TEORIA DO BEM JURÍDICO	32
3.4 A LEGITIMIDADE DE ACORDO COM O PERIGO ABSTRATO.....	34
3.5 A LEGITIMIDADE CONFORME A PROPORCIONALIDADE	37
4 CONSIDERAÇÕES FINAIS	41
REFERÊNCIAS	42

1 INTRODUÇÃO

A Lei n. 11.343/2006, a chamada Lei de Drogas, estabelece sanções penais para várias condutas que alegadamente lesionam a saúde pública. É recorrente, entretanto, o questionamento a respeito da pertinência desta legitimação.

Este questionamento decorre, em primeiro lugar, da apreciação crítica da dominante política de guerra às drogas. O objetivo a que ela se propõe, acabar com a oferta de drogas ilícitas para fins recreativos como forma de impossibilitar a ocorrência do problema da dependência química, não mostra qualquer sinal de que será alcançado. Pior, a existência de um mercado ilegal para tais substâncias redundou no agravamento das consequências maléficas do uso de drogas ilícitas.

Mas esse não é o único fator que gera inquietações no que toca a Lei de Drogas. Se há um claro propósito de se acabar com a oferta de produtos desejados através do poder coercitivo do Estado, naturalmente pode-se esperar uma atuação persecutória excessiva. Deste modo, a política de guerra às drogas colide frontalmente com o projeto liberal de contenção do poder punitivo estatal.

No que toca à discussão a respeito da existência ou não de limites para o poder de incriminação do legislador ordinário, a teoria do bem jurídico é a mais aceita¹. Essa teoria, ainda que possa comportar exceções, legitima apenas os tipos penais que se mostram aptos a proteger bens que sejam considerados necessários ao livre desenvolvimento do indivíduo ou à convivência social proveitosa.

Além da referida limitação, a teoria do bem jurídico ainda permite analisar os tipos penais tendo em vista os postulados normativos da adequação, necessidade e estrita proporcionalidade, o que é uma exigência do vigente Estado Constitucional, bem como orienta a formulação de critérios que balizam a possibilidade de proibição de condutas por mera precaução.

¹ Algumas das principais teorias minoritárias propostas são: a teoria kantiana, que aponta como crime apenas condutas dolosas que colocam em perigo a existência comum conforme um rol taxativo, a teoria da lesão de direitos subjetivos de Feuerbach, a teoria da lesão de deveres da Escola de Kiel, a teoria da lesão dos interesses da classe proletária dos Estados Socialistas e a teoria da proteção da validade das normas de Jakobs.

Assim sendo, este trabalho tratará de buscar respostas para a questão da legitimidade dos tipos penais da Lei de Drogas a partir da teoria do bem jurídico.

2 A TEORIA DO BEM JURÍDICO PENALMENTE RELEVANTE

Neste primeiro capítulo tratar-se-á de abordar no que consiste a teoria do bem jurídico no que possui de mais relevante à discussão sobre a legitimidade dos tipos penais da Lei de Drogas que sancionam lesões à saúde.

Para tanto, seguir-se-á a seguinte sequência de questionamentos: 1) o que é o bem jurídico, abordando, inclusive, as principais categorias associadas às diferentes definições; 2) qual é a diferença conceitual entre bem jurídico e objeto da ação; 3) quais são as três principais funções atribuídas pela doutrina ao bem jurídico; 4) no que consiste o monismo e o dualismo no plano da teoria do bem jurídico; e, por fim, 5) qual é a relação entre o postulado da proporcionalidade e o a teoria do bem jurídico penal.

2.1 A DEFINIÇÃO DE BEM JURÍDICO

Existem várias posições defendidas em um amplo debate que se processa a respeito da teoria do bem jurídico penal.

De acordo com Claus Roxin, o bem jurídico penalmente relevante é conceituado como circunstância real dada a ser protegida para garantir uma existência pacífica, livre e socialmente segura desde que estas metas não possam ser alcançadas com outras medidas político-sociais que afetem em menor grau a liberdade dos cidadãos (vida, integridade física, propriedade, administração da justiça, sistema monetário eficiente)².

Este conceito de bem jurídico, como visto, abarca tanto a proteção de bens jurídicos afetos às pessoas em particular como os bens jurídicos que garantem uma coexistência social proveitosa. Este conceito, porém, como afirma o próprio Roxin, comporta exceções.

As exceções ao conceito de bem jurídico exposto possuem fundamento constitucional e são as circunstâncias reais dadas que beneficiam animais ou pessoas que não estejam

² ROXIN, Claus. **A Proteção de Bens Jurídicos como Função do Direito Penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006, p. 16-18.

atualmente vivas. Exemplos de tipos penais constitucionais que não são limitados pela teoria do bem jurídico penal seriam os relacionados à proteção dos animais e das gerações futuras³.

Raciocinando de forma negativa, o conceito de bem jurídico penal proposto por Roxin implica, por exemplo, na vedação de tipos penais paternalistas⁴, que procuram proteger uma pessoa de causar danos a si; de tipos penais perfeccionistas⁵, que procuram controlar o livre exercício da vida particular das pessoas através da imposição de modelos de vida boa; e de tipos penais discriminatórios, que procuram controlar comportamentos de apenas um grupo de pessoas sem uma justificativa razoável.

Já Winfried Hassemer considera que o princípio da proteção de bens jurídicos não se mescla com os da subsidiariedade e danosidade social. A função daquele princípio seria evitar que uma conduta seja proibida pelo simples fato de não ser desejada pelo detentor do poder político⁶.

Este raciocínio de Hassemer implica na observação de que a teoria do bem jurídico possui um caráter ambivalente: pode ser favorável ou contrária a uma criminalização. Ele ainda diz que, em tempos recentes, a teoria do bem jurídico teria servido mais para fundamentar criminalizações do que para restringi-las. Teriam se tornado comuns tipos penais que exigem somente a verificação de um comportamento perigoso, não existindo mais vítimas visíveis e comprovação de nexo de causalidade, o que não permitiria qualquer crítica a uma incriminação que tenha ido longe demais⁷.

Bernd Schünemann analisa que não é possível definir exatamente quais crimes são legítimos e quais não são, pois esta seria uma tarefa fundada em premissas metodológicas errôneas⁸. Apenas seria possível um delineamento de um conceito material de crime a partir

³ ROXIN, Claus. **Sobre o Recente Debate em Torno do Bem Jurídico**. In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (orgs). *O Bem Jurídico como Limitação do Poder Estatal de Incriminar?* 2ªed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 270-273.

⁴ SANTIAGO NINO, Carlos. **Ética y Derechos Humanos**. 2ª ed. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1989, p. 427-435.

⁵ *Ibid.* p. 424- 427.

⁶ HASSEMER, Winfried. **Linhas Gerais de uma Teoria Pessoal do Bem Jurídico**. In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (orgs). *O Bem Jurídico como Limitação do Poder Estatal de Incriminar?* 2ªed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 13.

⁷ *Ibid.*, p. 11-15.

⁸ SCHÜNEMANN, Bernd. **O princípio da proteção de bens jurídicos como ponto de fuga dos limites constitucionais e da interpretação dos tipos**. In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (orgs). *O Bem Jurídico como Limitação do Poder Estatal de Incriminar?* 2ªed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 27.

do conceito de contrato social, como é observável em Beccaria, Kant, Feuerbach e na teoria do bem jurídico⁹.

Deste modo, a concepção de contrato social implica na defesa exclusiva do livre desenvolvimento do indivíduo, que não pode ocorrer à custa das demais pessoas, e dos bens necessários a uma convivência pacífica, desde que não possuam natureza exclusivamente moral ou religiosa. Apesar da vagueza, que permite a discricionariedade do legislador, não é possível afirmar que não haja uma efetiva limitação do poder de incriminar.

Günther Stratenwerth coloca em evidência que as diferentes definições de bem jurídico, em regra, se estruturam em torno de pelo menos uma das seguintes categorias: “interesse”, “objeto”, “unidade funcional” ou “valor”. Cada uma delas suscitaria problemas teóricos específicos¹⁰.

As concepções de bem jurídico que se estruturam pela categoria “interesse” não podem fazê-lo enquanto dado psicológico, mas apenas através de uma noção generalizável a qualquer pessoa em abstrato. Ideia diferente implicaria, por exemplo, na impossibilidade de punição do homicídio a pedido da vítima. Estas formulações são criticadas também pela observação de que o bem jurídico não seria o interesse penalmente tutelado, mas o objeto deste interesse.

“Estado de coisas”, “objeto” ou “dado” é sempre algo que é considerado importante para o desenvolvimento da pessoa ou para a convivência social de acordo com a teoria abstrata dos interesses. As dificuldades teóricas que são levantadas por esta forma de conceituar o bem jurídico se concentram no problema da formulação de ideias abstratas como objetos de proteção penal.

Knut Amelung sustenta que o objeto positivamente valorado e penalmente protegido não pode se limitar a uma perspectiva de coisa corpórea, mas deve ser entendido como tudo aquilo que uma pessoa pode separar de si e contemplar¹¹. Para impedir que concepções morais sejam tuteladas pelo direito, este autor propõe uma limitação no juízo valorativo que aponta a existência de um interesse legítimo sobre o objeto de proteção penal.

⁹ *Ibid.* p. 33.

¹⁰ STRATENWERTH, Günther. **Sobre o conceito de “bem jurídico”**. In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (orgs). *O Bem Jurídico como Limitação do Poder Estatal de Incriminar?* 2ªed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 130 a 140.

¹¹ AMELUNG, Knut. **O conceito de bem jurídico na teoria jurídico-penal da proteção de bens jurídicos**. In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (orgs). *O Bem Jurídico como Limitação do Poder Estatal de Incriminar?* 2ªed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 170.

Essa limitação consistiria na verificação de desvalor do resultado quando se observa uma hipotética lesão a um bem jurídico penalmente relevante. Isso porque a ofensa à moralidade decorreria de mero desvalor da ação¹².

Uma crítica à concepção de bem jurídico como proteção de “objetos” seria o fato de que as coisas que merecem proteção penal não são estáticas. O bem jurídico, assim, deveria proteger o funcionamento da sociedade em seus aspectos mais importantes. Esta seria a concepção de bem jurídico como “unidade funcional”.

Uma série de críticas a esta forma de conceituar o bem jurídico foram levantadas. Primeiramente, não seria possível entender o que seria uma unidade de uma função. Este conceito se refere, por exemplo, à Administração da Justiça como um todo ou a cada um de seus procedimentos? Segundo, não se entende ao certo como processos funcionais se constituem em uma unidade, além do fato de se guiarem a um mesmo objetivo. Terceiro, a função social não chega a ser afetada por um único ato criminoso.

E, por fim, há as concepções de bem jurídico como “valor” ou “conjunto de normas jurídicas de comportamento”. Esta forma de conceituar implica em uma abstração ainda mais pronunciada do que a gerada pela categoria “objeto”. A principal crítica formulada a esta definição é a constatação de que comportamentos contrários a um valor não destroem o valor, ou seja, valores não são lesionáveis.

Diante deste panorama, observa-se que a categoria “objeto” suscita menos problemas teóricos que as demais, sendo, portanto, este o viés em que se aprofundará a análise proposta neste trabalho. Mas adotar esta perspectiva teórica ainda não é suficiente para clarificar adequadamente o conceito de bem jurídico penal.

2.2 O BEM JURÍDICO E O OBJETO DA AÇÃO

Conforme visto, o bem jurídico penalmente relevante é conceituado como o objeto de proteção do direito penal. A noção de objeto de proteção, todavia, difere de objeto da ação.

O objeto da ação seria um representante concreto do abstrato bem jurídico tutelado. No crime de falsidade documental, por exemplo, o bem jurídico seria a “autenticidade da

¹² *Ibid.* p. 171.

circulação de documentos” ou a “confiança na utilização probatória dos documentos”. Já o objeto da ação seria o próprio documento falsificado¹³.

Knut Amelung, de forma contrária, não vê nenhuma necessidade em se diferenciar bem jurídico e objeto da ação, por ser um abstrato e o outro concreto. A coincidência ou não só dependeria do legislador. Este autor chega a afirmar se sentir desconfortável em não ser objeto de proteção do direito, mas só objeto de ação de eventual criminoso contra a vida humana em geral¹⁴.

Este posicionamento de Amelung retoma um debate a partir do qual a própria teoria do bem jurídico foi inicialmente proposta no século XIX. Paul Johann Anselm Ritter von Feuerbach defendia que o objeto de proteção do direito penal seriam os direitos dos cidadãos que são garantidos pelo contrato social e assegurados por leis penais¹⁵.

De forma contrária, Johann Michael Franz Birnbaum, teórico do século XIX apontado pela maioria da doutrina como o precursor da teoria do bem jurídico, apontava que um direito subjetivo não poderia de nenhuma forma ser prejudicado por uma ação criminosa, pois ele continuaria existindo. O que seria factível de lesão é um bem em si mesmo, ou seja, o bem diretamente ligado ao direito¹⁶.

Além disso, Birnbaum afirmou que, como reconhece o próprio Feuerbach, a teoria da lesão de direitos não é capaz de abarcar todas as condutas que são penalmente sancionadas. Isso implica na criação da desnecessária categoria “contravenções de polícia”, que seriam os delitos em que a lesão de direitos ocorre em virtude de uma declaração estatal, não afetando, a princípio, direitos dos outros cidadãos¹⁷.

Neste trabalho, opta-se por adotar a perspectiva de se diferenciar objeto da ação e objeto de proteção como forma de precisar adequadamente o que é o bem jurídico. Mas para se chegar a esse objetivo, deve-se ainda analisar as funções que se atribuem a este conceito.

¹³ HEFENDEHL, Roland. **O Bem Jurídico como a Pedra Angular da Norma Penal**. In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (orgs). *O Bem Jurídico como Limitação do Poder Estatal de Incriminar?* 2ªed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 70.

¹⁴ AMELUNG, Knut. **O conceito de bem jurídico na teoria jurídico-penal da proteção de bens jurídicos**. In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (orgs). *O Bem Jurídico como Limitação do Poder Estatal de Incriminar?* 2ªed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 175 a 176.

¹⁵ FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von. **Tratado de derecho penal**. 1ª Ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2007, p. 55.

¹⁶ BIRNBAUM, Johann Michael Franz. **Sobre la necesidad de una lesión de derechos para el concepto de delito**. Montevideu: B de F, 2010, p. 53-54.

¹⁷ *Ibid.* p. 52.

2.3 AS FUNÇÕES DO BEM JURÍDICO PENAL

Há três funções mais relevantes atribuídas ao bem jurídico no âmbito penal: a função de garantia, a função interpretativa e a função sistemática¹⁸.

A função de garantia ou limitadora é a que estabelece limites materiais para o legislador em sua atividade de produzir normas penais. Winfried Hassemer cunhou, neste sentido, a concepção “crítica ao sistema” de bem jurídico¹⁹.

A origem da concepção “crítica ao sistema” seria recente. Claus Roxin aponta que ela teria surgido apenas no período posterior à Segunda Guerra Mundial, momento a partir do qual a desconfiança teórica frente ao legislador se desenvolveu. Este receio teria por base as legislações autoritárias e totalitárias que se impuseram no período imediatamente anterior ao desfecho daquele conflito²⁰.

Knut Amelung, no entanto, defende que a função de garantia deve ter por fundamento o direito positivo²¹ e que a natureza suprapositiva desta função teria se originado de uma série de erros, sendo esta forma de fundamentação incompatível com uma sociedade pluralista²².

O primeiro erro seria a valoração errônea do trabalho de Birnbaum. Este desacerto seria imputar a este autor uma teoria liberal, sendo que, em verdade, ele estava se opondo à tradição da lesividade social do Iluminismo, pois era um teórico alinhado aos interesses do movimento político da Restauração.

O segundo erro seria a subestimação dos méritos do positivista jurídico Karl Binding, o qual teria formulado pela primeira vez as funções do bem jurídico sem as quais mal se poderia imaginar a sua operação jurídica, tomando de Birnbaum pouco mais que a palavra bem. A este desprezo, somar-se-ia uma sobrevalorização do trabalho do positivista

¹⁸ Luiz Régis Prado também propõe a existência de uma função individualizadora, a qual situaria a aferição da gravidade da lesão ao bem jurídico no momento da fixação da pena em concreto. PRADO, Luiz Regis. **Bem Jurídico Penal e Constituição**. 3ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 60.

¹⁹ HASSEMER, Winfried. Linhas Gerais de uma Teoria Pessoal do Bem Jurídico. In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (orgs). *O Bem Jurídico como Limitação do Poder Estatal de Incriminar?* 2ªed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 11.

²⁰ ROXIN, Claus. **Sobre o Recente Debate em Torno do Bem Jurídico**. In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (orgs). *O Bem Jurídico como Limitação do Poder Estatal de Incriminar?* 2ªed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 12.

²¹ AMELUNG, Knut. **O conceito de bem jurídico na teoria jurídico-penal da proteção de bens jurídicos**. In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (orgs). *O Bem Jurídico como Limitação do Poder Estatal de Incriminar?* 2ªed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 179 a 180.

²² *Ibid.*, p. 159 a 161 e 168.

sociológico Franz von Lizst, que apontaria de fato um conceito material de injusto, mas que nunca teria proposto seu uso contra o direito positivo.

E no centro das valorações errôneas, estaria a terceira falha que seria a ideia equivocada da Escola de Kiel, que teria igualado injustificadamente a teoria do bem jurídico com a teoria liberal de lesão de direitos. Teria se entendido como liberal tudo o que os pensadores alinhados ao nazismo diziam que era.

No que toca ao reconhecimento ou não da função de garantia em geral, é notável o debate que surgiu em torno dos motivos que levaram à descriminalização da homossexualidade na Alemanha. Defensores da função de garantia assinalam que ela teria sido um efeito prático e imediato da teoria do bem jurídico penal²³, ao passo que os críticos sustentam que tal iniciativa do legislador alemão teria ocorrido em virtude de uma mudança cultural na sociedade²⁴.

Frente a esta controvérsia, podemos citar o relato de Enrique Gimbernat Ordeig:

“Como testemunha do que era a opinião pública alemã nos anos 60 (...), devo dizer que nesse país, e naquela época, a condenação moral da homossexualidade era amplamente majoritária, e que os postulados – também os postulados sexuais – da revolução de 1968 estavam limitados a um pequeno setor de jovens sem qualquer influência sobre as fontes de poder (...). Por esta razão, parece-me uma injustiça histórica negar a influência decisiva do Projeto Alternativo Alemão sobre crimes sexuais – que fundamentava a reforma proposta na teoria do bem jurídico – na descriminalização da homossexualidade, em particular, e na modificação radical dos crimes contra a ‘honestidade’, em geral, e atribuir todas essas reformas exclusivamente a uma suposta e inexistente ‘mudança de percepção social sobre sexualidade’ que supostamente já haveria ocorrido no período de 1969-1973”²⁵.

²³ ROXIN, Claus. **A Proteção de Bens Jurídicos como Função do Direito Penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006, p. 13 a 14.

²⁴ JAKOBS, Günther. **O que é protegido pelo Direito Penal: bens jurídicos ou a vigência da norma?** In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (orgs). *O Bem Jurídico como Limitação do Poder Estatal de Incriminar?* 2ªed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 220.

²⁵ No original: “*Como testigo de lo que era la opinión pública alemana en los años sesenta (...) tengo que decir que en ese país, y por aquellas fechas, la condena moral de la homosexualidad era ampliamente mayoritaria, y que los postulados - también los postulados sexuales - de la revolución de 1968 estaban limitados a un reducido sector de jóvenes sin influencia alguna en los resortes del poder (...). Por ello, me parece una injusticia histórica negar la decisiva influencia del Proyecto Alternativo alemán sobre delitos sexuales - que fundamentaba la reforma que proponía en la teoría del bien jurídico - en la despenalización de la homosexualidad, en particular, y en la radical modificación de los delitos contra la 'honestidad', en general, y atribuir todas esas reformas exclusivamente a un supuesto e inexistente 'cambio de percepción social sobre la sexualidad' que presuntamente se habría producido ya en el período 1969-1973*” GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Presentación*. In: HEFENDEHL, Roland (org.) *La Teoría del Bien Jurídico*. Madri: Marcial Pons, 2007, p. 13.

Deste modo, é possível concluir que a negação do impacto da função de garantia da teoria do bem jurídico não ocorre através de investigação histórica consistente, mas a partir de exclusivas pressuposições teóricas de certos opositores da teoria do bem jurídico.

A função interpretativa ou teleológica é a que constitui o bem jurídico como critério de interpretação da norma penal incriminadora, pois esse seria o conceito central em torno do qual giram os elementos objetivos e subjetivos do tipo.

Bernd Schünemann defende que a função interpretativa do bem jurídico revela ao mesmo tempo um caráter imanente e crítico. Ela implicaria em uma concretização da matéria de proibição de forma a impedir limitações desnecessárias às liberdades civis²⁶. Assim, na eventualidade de um caso concreto não implicar na lesão do bem jurídico tutelado, apesar de a conduta se amoldar nos elementos do tipo, a punição poderá não ocorrer.

A título de exemplo, podemos cogitar a respeito da condução imprudente de automóvel em local ermo. Ora, se a condução imprudente é punida para se garantir a segurança no trânsito, então não há nenhuma razão plausível para se considerar punível esta conduta onde não há trânsito.

Já a função sistemática é a que põe o bem jurídico como critério classificatório dos grupos de tipos na parte especial do Código Penal. Além disso, ela também orienta a fixação das penas em abstrato de acordo com a gravidade da lesão a um determinado bem jurídico ou ainda de acordo com a importância de um bem jurídico em face dos demais.

Após uma visão do conceito de bem jurídico e suas funções, é imperioso investigar os subtipos que esta categoria apresenta.

2.4 MONISMO E DUALISMO NA TEORIA DO BEM JURÍDICO

Os bens jurídicos podem ser separados em individuais, pertencentes às pessoas mesmas, e coletivos, os quais pertencem a toda sociedade. Exemplos de bens jurídicos

²⁶ SCHÜNEMANN, Bernd. **O princípio da proteção de bens jurídicos como ponto de fuga dos limites constitucionais e da interpretação dos tipos**. In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (orgs). *O Bem Jurídico como Limitação do Poder Estatal de Incriminar?* 2ªed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 24 a 26.

individuais são a vida, a saúde e o patrimônio, ao passo que bens jurídicos coletivos são a ordem econômica, o meio ambiente e a segurança no tráfego²⁷.

Para o positivista Knut Amelung, os bens jurídicos são chamados de individuais ou coletivos porque também podem ser considerados bens para outros sujeitos valoradores afora o legislador. Neste sentido, trabalhar-se-ia com ficções através da teoria dos interesses, afinal a coletividade e o indivíduo em realidade nada valoram²⁸.

Evidência do exposto estaria no fato de que a relevância da vontade do indivíduo só aparece quando se reflete a respeito do consentimento do ofendido. A vontade do legislador nesse conflito prevaleceria, pois ela leva em conta o interesse dos indivíduos em geral²⁹.

Os bens jurídicos coletivos estão relacionados ao fenômeno recente da expansão do direito penal, especialmente quanto ao surgimento de novas formas de criminalidade decorrentes das relações sociais mais complexas que surgiram com os avanços tecnológicos, a denominada sociedade de risco³⁰. Esses avanços permitem o perfazimento de condutas que podem gerar gravíssimas consequências para toda coletividade, sendo que a proteção destes bens coletivos, em regra, ocorre pela figura do tipo de perigo abstrato³¹.

O tipo de perigo abstrato, importante ressaltar, é aquele que incrimina uma conduta perigosa por precaução³², já que a ação é considerada intolerável ainda que não haja perigo concreto de lesão ao bem jurídico tutelado³³. A condução de veículo automotor por pessoa embriagada em via pública, ainda que sem colocar qualquer pessoa concretamente em risco, é um exemplo que demonstra a pertinência e necessidade desta técnica punitiva. Afinal, a ausência de lesões ou perigo de lesões se deve notavelmente ao acaso, estando fora do alcance do poder de cautela do condutor do automóvel.

²⁷ BUSATO, Paulo César. **Direito Penal: parte geral**. 2ª Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2015, p. 370.

²⁸ AMELUNG, Knut. **O conceito de bem jurídico na teoria jurídico-penal da proteção de bens jurídicos**. In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (orgs). *O Bem Jurídico como Limitação do Poder Estatal de Incriminar?* 2ªed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 154.

²⁹ *Ibid.*, p. 155.

³⁰ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Direito Penal: parte geral. Tomo I**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 134 a 135.

³¹ BOZZA, Fábio da Silva. **Bem Jurídico e Proibição do Excesso como Limites à Expansão Penal**. São Paulo: Almedina, 2015, p. 34.

³² “Precaução, contudo, que não se confunde com prevenção, já que nesta exige-se uma comprovação científica do risco ou a certeza dedutível das leis causais gerais, enquanto que na precaução estaremos diante da incerteza dos riscos, em que não haja uma comprovação científica e cuja previsão decorre de probabilidades” AZEVEDO, André Mauro Lacerda. **O bem jurídico e os crimes de perigo abstrato**. In: AZEVEDO, André Mauro Lacerda; FACCINI NETO, Orlando. *O Bem Jurídico-Penal: duas visões sobre a legitimação do Direito Penal a partir da teoria do bem jurídico*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

³³ *Ibid.*

A categoria dos delitos de perigo abstrato enfrenta uma forte oposição que é baseada na constatação de que uma ação abstratamente perigosa pode no caso concreto se revelar absolutamente inócua. Soma-se esta dificuldade o fato de que a técnica de apreciação destes delitos ainda está pouco desenvolvida³⁴.

De acordo com Guilherme Guedes Raposo, os delitos de perigo abstrato legítimos não devem ser vistos como uma modalidade uniforme. Este autor identifica e justifica as seguintes categorias: delitos preparatórios, delitos cumulativos e delitos de ação concretamente perigosa³⁵.

Os delitos preparatórios seriam aqueles que seriam incapazes de produzir danos a bens jurídicos por si mesmos, sendo uma conduta que poderá contribuir para outra ação delitiva ou não. A conduta a ser proibida por esta modalidade de crimes deve, entretanto, visar interesses ilegítimos e não ser benéfica aos demais integrantes da sociedade ou à dinâmica da vida moderna. A título de exemplo, podemos verificar que automóveis e celulares podem ser utilizados para a prática de crimes, mas seu uso regular possui fim legítimo e é benéfico à dinâmica da vida moderna, sendo impossível criminalizar a aquisição destes bens.

Os delitos preparatórios podem, por sua vez, serem subdivididos nas seguintes categorias: delitos de incentivo à prática criminosa (incitação ao crime, apologia ao crime), delitos de associação para fins exclusivamente ilícitos (quadrilha, associação para o tráfico de entorpecentes, associação para a lavagem de capitais), delitos de transmissão de *know-how* delitivo (proibição da difusão de instruções para a fabricação de artefatos explosivos de alto poder destrutivo), delitos de fabricação e circulação de materiais perigosos de fins exclusivamente ilegais (equipamento de uso restrito às Forças Armadas) ou em desacordo com a regulamentação administrativa (armas que não são consideradas de uso restrito).

Os delitos cumulativos, por sua vez, seriam aqueles que criminalizam condutas que são individualmente incapazes de causar uma lesão significativa ao bem jurídico, mas que se repetidos de forma generalizada, a partir de uma visão realista, podem causar consequências graves. Esta categoria de delitos visa tutelar determinados bens jurídicos coletivos, como o ambiente e a fé pública das moedas.

³⁴ IENNACO, Rodrigo. **Bem Jurídico e Perigo Abstrato: um desenho hermenêutico da ofensividade**. 3ª Ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018, p. 143.

³⁵ RAPOSO, Guilherme Guedes. **Teoria do Bem Jurídico e Estrutura do Delito**. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2011, p. 181-196,

A justificativa dos crimes de cumulação estaria no dever geral de cooperação para manter interesses sociais relevantes que todos os membros da sociedade teriam. Assim, este dever não se esgotaria simplesmente na não provocação de danos a terceiros, mas também implicaria na colaboração para que cada um receba o que é seu. Este dever de colaboração seria o ônus da convivência em sociedade em face dos benefícios dela decorrentes.

Deve-se ressaltar, todavia, que as condutas proibidas no contexto dos delitos cumulativos devem observar três condições: 1) se as condutas proibidas forem praticadas por um número considerável de pessoas, então haverá uma ameaça real para um determinado bem jurídico; 2) a conclusão sobre a ameaça real mencionada deve se basear em estudos empíricos e nos conhecimentos científicos sobre o tema; e 3) a probabilidade da lesão só será combatida eficazmente com a imposição de pena.

Já os delitos de ação concretamente perigosa seriam aqueles em que a conduta proibida é por si mesma capaz de causar um dano ao bem jurídico ou colocá-lo em perigo real, sem a necessidade de ocorrer qualquer outra ação humana. Três requisitos cumulativos se apresentam para a legitimação desta categoria de delitos: 1) a conduta deve criar um risco de dano relevante ao bem jurídico, sendo este superior ao ordinariamente tolerado em uma dada atividade; 2) deve existir conexão direta a bens jurídicos fundamentais para o indivíduo ou para a sociedade, não sendo possível o fim de mero cumprimento de funções administrativas (como a garantia da fluidez do tráfego); e 3) a conduta deve gerar uma situação incontrolável de forma que a ocorrência ou não de uma lesão grave escape do domínio do agente.

De forma mais restritiva, André Mauro Lacerda Azevedo entende que os crimes de perigo abstrato legítimos somente são os de perigo hipotético, ou seja, aqueles que exigem a identificação de um perigo possível na conduta. Assim, os critérios para a verificação da legitimidade seriam: 1) não poder consistir em mera desobediência a regras administrativas ou a valores ético-sociais; 2) existir idoneidade entre a conduta proibida e possibilidade ou probabilidade de dano; 3) existir identificação entre a ação perigosa no caso concreto e aquela que a princípio se pretendia evitar³⁶.

³⁶ AZEVEDO, André Mauro Lacerda. **O bem jurídico e os crimes de perigo abstrato**. In: AZEVEDO, André Mauro Lacerda; FACCINI NETO, Orlando. *O Bem Jurídico-Penal: duas visões sobre a legitimação do Direito Penal a partir da teoria do bem jurídico*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

Existindo duas categorias de bem jurídico e estando os coletivos em notável expansão, surge a questão conceitual sobre a necessidade ou não de existir mais de um conceito de bem jurídico que permita a adequada aferição da legitimidade destes novos bens. Isso porque o legislador estaria recorrendo a abstrações exageradas que colocariam o potencial de crítica da teoria do bem jurídico em um patamar irrisório³⁷.

O monismo defende a necessidade de um conceito geral de bem jurídico, ao passo que o dualismo entende que sejam necessários dois conceitos específicos, um para os bens individuais e outro para os coletivos³⁸.

O monismo, todavia, possui subdivisões que se baseiam nos critérios para estabelecer a legitimidade da proteção de bens jurídicos coletivos através do direito penal³⁹.

A teoria monista personalista expõe a necessidade de legitimar um bem coletivo apenas se ele puder ser reconduzido a um bem individual. Ela é adotada pela chamada Escola de Frankfurt e defende que os “novos riscos” não podem ser tutelados por meio do direito penal, mas somente através de um direito de intervenção a ser implementado⁴⁰.

De acordo com os defensores desta teoria, outras concepções de bem jurídico têm sido usadas para legitimar a expansão do direito penal, o que teria desnaturado o princípio da *ultima ratio* de forma a constituir um verdadeiro princípio da *prima ratio* ou *sola ratio*.

Assim, os bens jurídicos que não possam ser reconduzidos a interesses individuais, como o ambiente ou a economia popular, não poderiam ser considerados penalmente relevantes. Ideia contrária implicaria em uma proteção meramente simbólica destes bens, uma vez que a incidência do direito penal é ainda mais seletiva neste âmbito.

Já a teoria monista coletivista, ou teoria social dos bens jurídicos, ao contrário, só reconhece um bem individual se ele puder ser reconduzido a um bem coletivo⁴¹. Roland Hefendhel defende que a configuração de um bem jurídico coletivo reside no atendimento dos

³⁷ BUSATO, Paulo César. **Direito Penal: parte geral**. 2ª Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2015, p. 367.

³⁸ *Ibid.* p. 370.

³⁹ *Ibid.*, p. 375.

⁴⁰ HASSEMER, Winfried. ¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal? In: HEFENDEHL, Roland (org.) *La Teoría del Bien Jurídico*. Madri: Marcial Pons, 2007, p. 96.

⁴¹ BUSATO, *op. cit.*, p. 377 a 379.

seguintes requisitos: não exclusividade de sua fruição, não rivalidade em seu consumo e não distributividade⁴².

A não exclusividade de sua fruição implica em dizer que o bem jurídico coletivo é patrimônio de uma coletividade e não de indivíduos em particular, ou seja, estes bens só interessam os indivíduos quando estes convivem uns com os outros.

A não rivalidade de seu consumo conduz à afirmação de que quando um indivíduo atua em uma relação social se beneficiando do bem jurídico coletivo, este não é de qualquer forma reduzido ou prejudicado para aqueles que exercerem as mesmas relações sociais.

Já a não distributividade implica na afirmação de que o bem jurídico coletivo não pode ser dividido em partes e atribuído a pessoas diferentes.

Em suma, ao não se atender a um dos critérios mencionados nos parágrafos anteriores, seria o caso de apontar que o bem jurídico em exame é apenas aparentemente coletivo.

Já a teoria monista humanista entende que os bens jurídicos não precisam de uma definição clara, mas apenas de um delineamento. Este delineamento ocorreria através de requisitos que seriam os mesmos tanto para bens jurídicos individuais quanto coletivos: intersubjetividade comunicativa e reconhecimento recíproco de que algo seja fundamental para o desenvolvimento das pessoas. Assim, interesses não compartilhados coletivamente ou interesses estatais não configuram bens jurídicos⁴³.

No que se refere à teoria dualista, Figueiredo Dias sustenta que os bens jurídicos coletivos têm legitimidade própria e independente dos bens individuais, mas, ao contrário do que é proposto pelo monismo humanista, através de emprego de justificações distintas⁴⁴.

As características do bem jurídico coletivo para a teoria dualista são a inexcluíbilidade e a irridualidade do consumo, já anteriormente mencionadas quando se tratou da teoria monista coletivista⁴⁵.

⁴² HEFENDEHL, Roland. **O Bem Jurídico como a Pedra Angular da Norma Penal**. In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (orgs). *O Bem Jurídico como Limitação do Poder Estatal de Incriminar?* 2ªed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 83.

⁴³ BUSATO, Paulo César. **Direito Penal: parte geral**. 2ª Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2015, p. 380 a 386.

⁴⁴ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Direito Penal: parte geral**. Tomo I. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 150.

⁴⁵ BUSATO, *op. cit.*, p 380.

Tendo sido investigado o conceito de bem jurídico, suas funções e subdivisões, deve-se passar a esclarecer, por fim, a relação que esta teoria possui com a aplicação da proporcionalidade em matéria penal.

2.5 BEM JURÍDICO PENAL E PROPORCIONALIDADE

A teoria da proteção de bens jurídicos torna possível a aplicação do postulado da proporcionalidade no âmbito do direito penal como mais um fundamento para um conceito material de crime.

Essa utilização da proporcionalidade importa no afastamento de uma perspectiva teórica que propõe que o direito penal não procure explicitar as relações com o direito constitucional. Tal perspectiva pode ser vista como anacrônica, já que claramente incompatível com o paradigma do Estado Constitucional⁴⁶.

Para que haja a aferição da proporcionalidade no âmbito do direito penal, além do substrato da teoria do bem jurídico, é necessário: 1) verificar se ocorreu violação à proporcionalidade por excesso estatal ou proteção deficiente; e 2) subdividir o postulado de forma que este tenha maior concretude.

No que toca às perspectivas de aplicação do juízo da proporcionalidade, a proibição do excesso estatal implica na declaração de que a atividade do legislador ultrapassou a medida legítima. Já a proibição de proteção deficiente alude à afirmação de que o legislador está obrigado a proteger determinados interesses por determinação constitucional⁴⁷.

Critica-se o uso do raciocínio da proibição de proteção deficiente no direito penal por ele ser incompatível com a tradição clássica de limitação do poder de incriminar, a qual exige que as condutas proibidas e as respectivas penas tenham prévia previsão legal em sentido

⁴⁶ BUNZEL, Michael. **La Fuerza del Principio Constitucional de Proporcionalidad como Límite de la Protección de Bienes Jurídicos en la Sociedad de la Información**. In: HEFENDEHL, Roland (org.) *La Teoría del Bien Jurídico*. Madri: Marcial Pons, 2007, p. 164-165.

⁴⁷ HASSEMER, Winfried. **¿Puede haber delitos que no efecten a um bien jurídico penal?** In: HEFENDEHL, Roland (org.) *La Teoría del Bien Jurídico*. Madri: Marcial Pons, 2007, p. 98-104.

estrito, ou seja, através de legislação ordinária⁴⁸. Se o legislador é omissor, não caberia ao Poder Judiciário suprir esta falta, já que seria necessário respeitar a separação de poderes.

Há, porém, quem defenda o juízo de proteção deficiente em matéria penal. Com o advento do Estado Social, os direitos de liberdade (direitos de primeira dimensão) não seriam oponíveis apenas contra o Estado, mas também em face de outros indivíduos. Deste modo, seria necessário impor a proteção dos direitos de liberdade dos cidadãos em face do comportamento de outros, inclusive através do direito penal, pois este é um poderoso meio de controle social⁴⁹.

É de se pontuar que a tese da proteção contra proibição deficiente em matéria penal é plenamente condizente com a Constituição de 1988. A nossa atual constituição estabelece certos mandados de criminalização, como por exemplo: retenção dolosa de salários (art. 7º, X, CRFB/1988) e lesão do ambiente por pessoas físicas e jurídicas (art. 225, § 3º, CRFB/1988).

Apesar disto, o reconhecimento de omissões legislativas em matéria penal pelo Poder Judiciário, à luz da separação de poderes e dos princípios penais da reserva legal, anterioridade e proibição de analogia *in malam partem*, dificilmente implicaria em algo diferente do mero apontamento da mora legislativa.

Já no que se refere à subdivisão do postulado da proporcionalidade em sentido amplo, ela ocorre pela explicitação dos seguintes subpostulados normativos: adequação, necessidade e estrita proporcionalidade⁵⁰.

A adequação de meios ou conformidade é o postulado que estabelece a necessidade de que os meios empregados para um determinado fim sejam idôneos. O postulado da necessidade, por sua vez, estabelece que o fim a que se almeja deve ser alcançado através do meio adequado que menos afete os direitos dos indivíduos. Já o postulado da estrita proporcionalidade coloca que os meios restritivos aos direitos dos cidadãos não podem ser excessivos em face dos fins almejados, eles devem estar em uma “justa medida”.

⁴⁸ BOZZA, Fábio da Silva. **Bem Jurídico e Proibição do Excesso como Limites à Expansão Penal**. São Paulo: Almedina, 2015, p. 276-277.

⁴⁹ FACCINI NETO, Orlando. **Relações entre o constitucionalismo contemporâneo e o Direito Penal: um estudo a partir do bem jurídico**. In: AZEVEDO, André Mauro Lacerda; FACCINI NETO, Orlando. **O Bem Jurídico-Penal: duas visões sobre a legitimação do Direito Penal a partir da teoria do bem jurídico**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

⁵⁰ STUMM, Raquel Denize. **Princípio da Proporcionalidade no Direito Constitucional Brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995, p. 79 a 82.

No exame da adequação no contexto penal, deve-se observar se a proibição de uma determinada conduta possui ligação lógica com a proteção de determinada circunstância real dada valorada como bem jurídico através da defesa de um interesse legítimo para o desenvolvimento da personalidade ou para a convivência social⁵¹. Ou seja, deve-se verificar se a ação ou omissão lesa o bem jurídico tutelado, pois a criminalização de uma conduta não pode se satisfazer como mero castigo⁵².

No exame da necessidade no contexto penal, deve-se concluir que a sanção penal só é cabível quando ela se demonstrar como o único meio efetivo de proteção de bens jurídicos (*ultima ratio*)⁵³. Ou seja, a sanção penal deve se mostrar indispensável, existindo um interesse concreto do Estado em punir o delito, uma vez que este é meio de proteção do bem jurídico tutelado mais custoso para o indivíduo⁵⁴. Assim, se houver outro meio capaz de proteger os interesses ameaçados pela conduta tipificada, a sanção penal não poderá ser considerada necessária⁵⁵.

No exame de proporcionalidade em sentido estrito no contexto penal, verifica-se se a quantidade e a qualidade da pena trazem mais desvantagens do que vantagens para a sociedade⁵⁶. Isso significa que a execução de sanções penais deve estar em uma relação adequada com a proteção dos bens jurídicos⁵⁷. Nesta seara, também é importante a reflexão sobre se a relação entre pena e delito é proporcional em face de outras relações entre penas e delitos⁵⁸.

Com este conjunto de informações a respeito do potencial abstrato da formulação de um conceito material de crime e de limitações ao poder de incriminar, que apontam possibilidade críticas em diferentes direções, já é possível passar à aferição da legitimidade dos delitos positivados na Lei de Drogas que alegadamente protegem a saúde pública.

⁵¹ ISHIDA, Valter Kenji. **Bem Jurídico Penal Moderno**. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 89.

⁵² MACHADO, Fábio Guedes de Paula. O Princípio da Proporcionalidade no Direito Penal: controle de legitimidade e limitação da intervenção estatal. **Revista dos Tribunais**, vol. 904, p. 431-452, 2011.

⁵³ STERNBERG-LIEBEN, Detlev. **Bien jurídico, proporcionalidad y libertad del legislador penal**. In: HEFENDEHL, Roland (org.) *La Teoría del Bien Jurídico*. Madri: Marcial Pons, 2007, p. 121.

⁵⁴ MACHADO, *op. cit.*

⁵⁵ GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. O princípio da proporcionalidade e a possibilidade de controle de constitucionalidade de leis penais. **Revista Fórum de Ciências Criminais**, ano 2, n. 3, p. 15-38, 2015.

⁵⁶ MACHADO, *op. cit.*

⁵⁷ STERNBERG-LIEBEN, *op. cit.*, p. 120.

⁵⁸ GOMES, *op. cit.*

3 DISCUSSÃO SOBRE A LEGITIMAÇÃO DOS DELITOS DA LEI DE DROGAS

Conforme anteriormente mencionado, os delitos dispostos na Lei de Drogas se justificam pela defesa do bem jurídico “saúde pública”. Sendo a saúde um objeto de proteção penal fundamental para o livre desenvolvimento do indivíduo, cujo direito é expressamente previsto no artigo 196 da Constituição Federal⁵⁹, fica evidente tratar-se de um bem jurídico legítimo em termos abstratos, ou seja, se não adotarmos a concepção de Roxin, a qual demanda que seja verificado o princípio da *ultima ratio* já na definição de bem jurídico.

Se quisermos responder adequadamente à questão sobre a legitimidade dos tipos penais da Lei de Drogas, tomando a questão em todos os seus desdobramentos e não apenas limitada à análise da viabilidade de uma proteção penal da saúde humana em tese, deveremos ter em mente algumas noções essenciais de política criminal de drogas. Logo, neste momento, é salutar analisar o que vem ser a política de guerra às drogas e a política de redução de danos.

3.1 A POLÍTICA DE GUERRA ÀS DROGAS

Uma das primeiras formulações da política de guerra às drogas no plano internacional ocorreu em uma reunião do Comitê Consultivo sobre Tráfico de Ópio e outras Drogas Perigosas da Liga das Nações em 1923. De acordo com a delegação norte-americana, o controle efetivo das drogas somente pode ocorrer com a limitação da produção à quantidade necessária a propósitos estritamente médicos ou científicos⁶⁰.

Assim, verificado o problema de que o consumo de certas substâncias causava dependência física e psicológica em determinadas pessoas, a política criminal de guerra às drogas se propõe a acabar com a produção e a distribuição não controladas, ou seja, para fins recreativos, destas substâncias como forma de dar uma resposta final para o problema.

Este acabar com a produção e a distribuição implica no uso do direito penal para deter a ação de todos os envolvidos com o referido comércio ilegal, a apreensão e posterior

⁵⁹ Art. 196, CRFB/1988: “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

⁶⁰ VALOIS, Luís Carlos. **O Direito Penal da Guerra às Drogas**. 2ª Ed. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2017, p. 134.

destruição dos objetos do crime que sejam achados e a destruição de plantações, inclusive através da disseminação de outras substâncias tóxicas, os herbicidas, por aviões, o que acaba destruindo plantações lícitas e ilícitas e causando vômitos, diarreias, febre, dores musculares, dores de cabeça, dores intestinais, problemas respiratórios e dermatológicos na população local⁶¹.

No Brasil, a ação policial de guerra às drogas, quando não se concentra na apreensão de drogas em trânsito, se volta principalmente aos aglomerados subnormais⁶² dominados por facções criminosas. Ao exemplo da Operação Rio (1994-1995), a ação consiste em adentrar estas áreas com o objetivo de parar o comércio ilegal e prender os líderes do crime organizado⁶³. Entretanto, assim que as forças estatais diminuem o seu efetivo na área, o comércio ilegal retorna e, na hipótese de um grupo ser totalmente desbaratado, o que se sucede é que outro assume o controle do local.

No que toca ao usuário da droga, não se cogita na possibilidade de uso recreativo ocasional que não gere dependência, ele sempre é encarado como alguém que necessita de tratamento. Este tratamento pode ser tanto a reabilitação, entendida como o acompanhamento profissional (paradigma médico-jurídico), ou também a resposta da sanção penal (paradigma jurídico-político)⁶⁴.

Tendo todas estas complicações em vista, a proposta de guerra às drogas requer um embasamento teórico que a legitime de forma que seja amplamente aceita. No Brasil, ele foi proporcionado principalmente pela Ideologia da Defesa Social, pela Ideologia da Segurança Nacional e pelos Movimentos de Lei e Ordem⁶⁵.

A Ideologia da Defesa Social se guia por uma série de princípios que necessitam de explicação pormenorizada: o princípio da legitimidade, o princípio do bem e do mal, o

⁶¹ VALOIS, Luís Carlos. **O Direito Penal da Guerra às Drogas**. 2ª Ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017, p. 307.

⁶² Aglomerado Subnormal, de acordo com o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), é o conjunto constituído por 51 ou mais unidades habitacionais caracterizadas por ausência de título de propriedade e pelo menos uma das características seguintes: irregularidade das vias de circulação e do tamanho e forma dos lotes ou carência de serviços públicos essenciais (como coleta de lixo, rede de esgoto, rede de água, energia elétrica e iluminação pública). Disponível em: <<https://ww2.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/imprensa/ppts/00000015164811202013480105748802.pdf>>. Acessado em 25/09/2018.

⁶³ CARVALHO, Salo de. **A Política Criminal de Drogas no Brasil**. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007. p. 53

⁶⁴ *Ibid.*, p. 25-28.

⁶⁵ *Ibid.*, p. 32-46.

princípio da culpabilidade, o princípio do fim ou da prevenção, o princípio da igualdade e o princípio do interesse social e do delito natural⁶⁶.

O Princípio da Legitimidade é o que estabelece a legitimidade estatal para a repressão da criminalidade entendida como reprovação de comportamentos que não se adéquam aos valores socialmente estabelecidos. Deste modo, sendo o consumo de drogas desaprovado socialmente, o Estado está legitimado para punir os comportamentos ligados a esse fato.

O Princípio do Bem e do Mal é o que coloca o delinquente como causador de danos para a sociedade, sendo uma materialização do mal, ao passo que a sociedade constituída, que reprime tais condutas, é vista como uma materialização do bem. Assim, na temática das drogas, apontam-se os consumidores e traficantes de entorpecentes como os responsáveis por todos os problemas sociais que são decorrentes, em verdade, da proibição estatal de uma relação comercial.

O Princípio da Culpabilidade é o que estipula que o delito é uma expressão de uma atitude interna reprovável contra os valores da sociedade. Portanto, na temática das drogas, não se reconhece que em determinados segmentos da sociedade o uso de determinadas substâncias é visto como um meio de interação social ou até mesmo ligado a rituais religiosos.

O Princípio do Fim ou da Prevenção é o que assenta que a pena não tem somente a função de retribuir uma conduta criminosas com a imposição de um mal, mas também de prevenir crimes futuros através da ressocialização e desestímulo ao crime. Este princípio ignora o fato de que as prisões brasileiras superlotadas por causa da punição do tráfico de drogas se constituem em verdadeiros centros de cooptação de novos membros para as organizações criminosas.

O Princípio da Igualdade é o que diz que a reação penal se aplica de modo igual para todos. Tal postulado desconsidera que a polícia age preferencialmente contra os segmentos mais pobres da sociedade a despeito do consumo e do tráfico de drogas estarem em todas as classes sociais.

Já o Princípio do Interesse Social e do Delito Natural é o que garante que a vasta maioria dos delitos é sempre necessária à manutenção da ordem social, sendo que apenas algumas condutas contra a ordem política e econômica poderiam vir a ser afastadas. Deste

⁶⁶ BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**. 6ª Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 36-37.

modo, a descriminalização dos delitos ligados à questão das drogas nem sequer pode ser cogitada.

No que toca à Ideologia de Segurança Nacional, ela é oriunda do período da Guerra Fria e propõe a existência de inimigos externos apoiados por dissidentes internos. Ainda que voltada especialmente contra a figura do subversivo político de esquerda, o seu raciocínio também foi aplicado ao combate da criminalidade comum, o que implicou na busca da eliminação do criminoso através da ação direta das agências repressivas do Estado.

Quanto aos Movimentos de Lei e Ordem está a defesa de que leis severas, que imponham pena de morte ou longas penas privativas de liberdade, são os únicos meios eficazes para intimidar e neutralizar os criminosos ou pelo menos para fazer justiça às vítimas e às pessoas de bem (aqueles que não delinquem).

No Brasil, as ideias defendidas pelos Movimentos de Lei e Ordem implicaram, por exemplo, em dispositivos normativos que estipulam o cumprimento da pena de tráfico de drogas em regime inicialmente fechado e em maior período de cumprimento de pena para o condenado conseguir a progressão de regime⁶⁷.

Ante todo o exposto, fica evidente que a proposta de guerra às drogas é fundada em premissas questionáveis e que não buscam limitar o poder punitivo do Estado. Cabe neste momento do trabalho, então, verificar no que consistiria uma visão política alternativa: a política de redução de danos.

3.2 A POLÍTICA DE REDUÇÃO DE DANOS

A Política de Redução de Danos, ao verificar o problema dos prejuízos à saúde humana com o consumo abusivo de drogas, se propõe a criar mecanismos não penais de controle sobre a produção, a distribuição e o consumo destas substâncias⁶⁸.

De acordo com Salo de Carvalho⁶⁹, a estrutura da política de redução de danos no campo das drogas consiste nos seguintes princípios e estratégias: 1) assistência imediata aos

⁶⁷ Art. 2º, §§ 1º e 2º, Lei n. 8.072/1990.

⁶⁸ CARVALHO, Salo de. **A Política Criminal de Drogas no Brasil**. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, p. 175-176.

usuários em dois níveis: terapia e tratamento. A terapia seria o auxílio ao controle do abuso de drogas que causam dependência, ao passo que o tratamento seria o melhoramento físico e social de dependentes químicos; 2) Independência para que o médico proponha o tratamento que entenda mais adequado ao caso; 3) Oferecer opções diversas à terapia e ao tratamento conforme as demandas dos diferentes grupos de consumidores de drogas; 4) Possibilitar a intervenção e a voluntariedade do usuário nas terapias e tratamentos, afastando os sistemas de penas e sanções (intervenção judiciária) e a subordinação do auxílio e assistência à total abstinência (intervenção sanitária); 5) Incentivar a participação de usuários de drogas nos conselhos e órgãos estatais deliberativos sobre políticas públicas na área da saúde; 6) Não permitir interrupção ou mudança de tratamento em virtude de recaídas; 7) Separar os mercados das diversas substâncias de forma a diminuir a possibilidade da passagem do consumo de drogas leves às pesadas; 8) Desenvolver programas de ação médica, psicológica e social, como distribuição de seringas para evitar a transmissão de doenças como HIV e hepatite; 9) Estabelecer políticas de ação médica, psicológica e social em “zonas de risco”; 10) Distribuição de metadona e outros fármacos análogos para dependentes previamente cadastrados; 11) Aproximar usuários com o mercado de trabalho, redes de ensino, associações de voluntariado, comunidades de acolhimento e ONGs; 12) Limitação do consumo de drogas a locais determinados e ao domicílio; 13) Restringir o comércio de drogas aos locais autorizados pela vigilância sanitária e submetidos ao controle das autoridades competentes; 14) Estabelecer condições de controle rígidas sobre a venda de álcool e cigarro, bem como reduzir as possibilidades de comercialização de solventes; 15) Proibir veiculação de publicidade sobre drogas, incluindo álcool e cigarro; 16) Estabelecer sanções administrativas ao consumo de drogas em locais proibidos com apreensão das drogas e não dos usuários; e 17) Em caso de manutenção da criminalização da produção e comércio das drogas, prever figuras típicas privilegiadas ou autônomas em virtude de se tratar de pequena quantidade ou de ação esporádica, isso para se evitar os efeitos do encarceramento.

Na esfera criminal, portanto, a Política de Redução de Danos se associa ao programa antiproibicionista e aos discursos e práticas descriminalizadoras. Deve-se ter em mente que a proteção da saúde de usuários de drogas é a justificativa da proibição das drogas, mas que, no

⁶⁹ CARVALHO, Salo de. **A Política Criminal de Drogas no Brasil**. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, p. 173-175.

mundo real, ela implicou em vários efeitos negativos individuais, sociais e econômicos que superam os males do abuso em um ambiente de comércio legalizado⁷⁰.

O primeiro efeito individual produzido pela criminalização é a estigmatização do consumidor de drogas como criminoso. Este estigma é um fator relevante para que o indivíduo deixe de buscar assistência médica e social em caso de dependência por medo de vir a ser descoberto pelas agências estatais de punição.

O segundo efeito individual é a visão patologizada do consumo de drogas que implica em uma visão socialmente difundida de que o consumo de substâncias proscrias em qualquer quantidade e frequência é algo sujeito a tratamento. Isso provoca resistências para a formulação de orientações a usuários eventuais e não problemáticos.

O terceiro efeito individual é na própria saúde do usuário de drogas, seja eventual ou abusivo. Estando ausente a fiscalização e o controle sanitário sobre as drogas, é mais provável que os efeitos à saúde sejam agravados pela falta de qualidade dos produtos.

No que toca aos sistemas educacional e assistencial, um primeiro efeito da criminalização é a limitação de determinadas pessoas ao acesso a tratamentos de saúde. As pessoas que frequentam centros de auxílio a dependentes são os que não foram selecionados pelas agências estatais de punição. Nos dias de hoje, os casos de consumo compartilhado e de traficância de drogas para manter o próprio consumo podem levar ao aprisionamento de pessoas e, deste modo, conforme a realidade prisional brasileira, elas serão afastadas de tratamentos.

Outro efeito nos sistemas educacional e assistencial é o prejuízo no curso do próprio tratamento. É constatada a falta de efetividade da medida coercitiva. O sucesso da terapêutica depende da cooperação do educando/assistido, sendo natural, no processo de tratamento, eventuais recaídas. Inadmissível, portanto, o estabelecimento de sanções em caso de recaídas e ou de coerção de pessoas desinteressadas, pois há, inclusive, relevante limitação de recursos⁷¹.

Já no sistema de administração da justiça penal, os efeitos negativos consistem: primeiro, no alto custo dos processos de conhecimento e execução penal, segundo, na

⁷⁰ CARVALHO, Salo de. **A Política Criminal de Drogas no Brasil**. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007. p. 152-162.

⁷¹ PESQUISA nacional sobre a aplicação do artigo 28 da lei de drogas: perspectiva de atores jurídicos e usuários. Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas, 2016.

limitação dos recursos de combate a outras formas de criminalidade, e, terceiro, na criminalidade secundária. A criminalidade secundária é aquela que decorre do fato do comércio das drogas ser ilegal e consiste, por exemplo, na prática dos delitos de homicídio, extorsão, corrupção, ente outros.

Quanto ao sistema econômico, a criminalização provoca o aumento dos lucros dos criminosos envolvidos neste mercado ilegal, tendo em vista a constante limitação da oferta de droga, altos custos para a manutenção do sistema repressivo e relevante perda de receita estatal, uma vez que se deixa de coletar impostos dos produtos tornados proibidos.

Assim sendo, já é possível perceber que a Política de Redução de Danos, ao contrário da Guerra às Drogas, é afinada com a ordem constitucional que exige a atuação estatal de forma proporcional. Entretanto, o ordenamento brasileiro vigente adota majoritariamente esta política⁷² e restritivamente aquela⁷³.

3.3 A LEGITIMIDADE ATRAVÉS DA TEORIA DO BEM JURÍDICO

Como já dito neste capítulo, Roxin sustenta a necessidade da aferição do princípio da *ultima ratio* quando se define o bem jurídico. Tendo em vista o caráter potencialmente excessivo da política de guerras às drogas, podemos concluir que a legitimidade da saúde como bem jurídico penal irá depender de uma análise da conduta proibida em particular.

Assim, a primeira questão que se pode chegar é: a saúde pública é um bem jurídico coletivo, nos termos defendidos por Figueiredo Dias, ou apenas aparentemente coletivo, nos termos defendidos por Hefendhel?

O posicionamento que se adotará neste trabalho será no sentido de acolher a doutrina exposta por Hefendhel. O critério adicional da indivisibilidade para a configuração de bens

⁷² “No capítulo II, pertinente à prevenção, erradicação e tratamento, inicialmente se estabelece que são proibidos no País as substâncias ou produtos que causem dependência física ou psíquica, assim como o plantio, cultura, colheita e exploração de vegetais dos quais possam ser extraídos, ressalvam-se, porém, evidentemente, as hipóteses de autorização legal ou regulamentar, esta de competência, segundo o projeto, do Ministério da Saúde”. Exposição de Motivos da Lei n. 11.343/2006. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2006/lei-11343-23-agosto-2006-545399-exposicaodemotivos-150201-pl.html>>. Acessado em 30/09/2018.

⁷³ Neste sentido: LINS, Emmanuela Vilar. **A nova Lei de Drogas e o usuário a emergência de uma política pautada na prevenção, na redução de danos, na assistência e na reinserção social**. In: NERY FILHO, A., et al. orgs. Toxicomanias: incidências clínicas e socioantropológicas. Salvador: CETAD, 2009, pp. 243-267.

coletivos demonstra perfeitamente neste caso a sua necessidade. O conceito de saúde só pode ser aplicado a pessoas em separado, sendo claramente um excesso de abstração considerar a existência de uma saúde pública pelo somatório das diversas saúdes individuais, ao menos no âmbito do direito penal. Não podemos esquecer que é objetivo da teoria do bem jurídico evitar abstrações exageradas.

Tendo isto em mente e a partir da função de garantia, podemos refletir no sentido de se verificar se a proteção da saúde nos crimes ligados a Lei de Drogas se reveste de algum caráter ilegítimo, como a promoção de paternalismo ou perfeccionismo. Já com a função interpretativa, podemos procurar uma situação na qual o risco de dano à saúde a terceiros se mostre de todo inexistente no caso concreto.

No que toca ao crime de porte de drogas para consumo pessoal, ou ainda o plantio ou colheita de plantas para a produção de droga para consumo pessoal, é necessário entender que este crime não pode se justificar pela lesão ou risco de lesão ao próprio usuário. Entendimento contrário, de acordo com o pensamento de Santiago Nino, seria uma atuação penal ilegítima de caráter paternalista, pois fundamentada em uma vontade de evitar que uma pessoa cause danos a si.

Assim, para buscar uma legitimação, pode-se entender que o porte de drogas para uso pode incentivar outras pessoas a utilizarem drogas, especialmente se tal fato ocorrer em instituições de convívio coletivo (escolas, agremiações, clubes), espaços públicos (parques, calçadas) ou abertos ao público (casas de entretenimento, *shows*). No contexto da política de redução de danos apresentada por Salo de Carvalho, há, inclusive, a previsão de que o uso de drogas deve se limitar ao ambiente domiciliar ou aos locais especificamente destinados a este fim.

Sendo esta a única forma de se apontar uma razão para a criminalização da conduta de porte de drogas para consumo pessoal, o que pressupõe uma adoção da teoria da imputação objetiva no plano da causalidade, cabe afirmar, portanto, que quando o porte de drogas se dá para consumo em locais que não sejam públicos ou abertos ao público, não há qualquer forma de se sustentar a ocorrência de risco de lesões para a saúde de terceiros.

Nos demais casos de crimes da Lei de Drogas, contudo, se visualiza o fato de que a ação proibida cria um risco à saúde de outrem. Deste modo, cabe verificar se há legitimidade

na proteção de bens jurídicos de acordo com os critérios elencados para a limitação da possibilidade de criminalização de condutas na estrutura delitiva do perigo abstrato.

3.4 A LEGITIMIDADE DE ACORDO COM O PERIGO ABSTRATO

Os tipos penais da Lei de Drogas procuram antecipar a tutela penal de forma que as condutas prévias à lesão ou perigo concreto de lesão sejam sancionadas. Logo, devemos investigar se os critérios de limitação de criminalização da criação de risco abstratos são úteis para frear o poder punitivo no presente tema de estudo.

Dentre as duas propostas de critérios de limitação apresentadas no capítulo anterior, a de André Mauro Lacerda Azevedo e a de Guilherme Guedes Raposo, adotaremos esta última. Isso porque este autor propõe mais critérios de análise e uma classificação mais abrangente de crimes de perigo abstrato legítimos.

Assim, de acordo com Guilherme Guedes Raposo, quando analisamos a Lei de Drogas através do filtro do bem jurídico individual saúde, podemos estar frente a delitos preparatórios ou de ação concretamente perigosa.

Os delitos preparatórios são aqueles que punem etapas do *iter criminis* em que a conduta proibida não é capaz de gerar danos a bens jurídicos por si, sendo necessária ainda outra ação ou ações para tal ocorrer. Já os delitos de ação concretamente perigosa são os que a própria ação proibida pode gerar danos.

Assim podemos realizar a seguinte esquematização:

Modalidades de Crime Abstrato	Condutas
Delitos de Ação Concretamente Perigosa	<ol style="list-style-type: none"> 1. Adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar (art. 28, <i>caput</i>). 2. Para consumo pessoal, semear, cultivar ou colher plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica (art. 28, § 1º). 3. Ministras drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em

	<p>desacordo com determinação legal ou regulamentar (art. 33, <i>caput</i>).</p> <p>4. Exportar, remeter, vender, expor à venda, oferecer, prescrever, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, desde que diretamente ao consumidor (art. 33, <i>caput</i>).</p> <p>5. Induzir, instigar ou auxiliar alguém ao uso indevido de droga (art. 33, § 1º).</p> <p>6. Oferecer droga, eventualmente e sem objetivo de lucro, a pessoa do seu relacionamento, para juntos a consumirem (art. 33, § 3º).</p> <p>7. Ministras ou prescrever, culposamente, drogas, sem que delas necessite o paciente, ou fazê-lo em doses excessivas ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar (art. 38).</p> <p>8. Conduzir embarcação ou aeronave após o consumo de drogas, expondo a dano potencial a incolumidade de outrem (art. 39).</p>
Delitos Preparatórios de Associação para Fins Exclusivamente Ilícitos	<p>1. Associarem-se duas ou mais pessoas para o fim de praticar, reiteradamente ou não, qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, <i>caput</i> e § 1º, 34 e 36 desta Lei (art. 35, <i>caput</i> e parágrafo único).</p> <p>2. Colaborar, como informante, com grupo, organização ou associação destinados à prática de qualquer dos delitos previstos nos arts. 33, <i>caput</i> e § 1º, e 34 desta Lei (art. 37).</p>
Delitos Preparatórios de Fabricação e Circulação de Materiais Perigosos	<p>1. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, excetuados os casos já classificados como ação concretamente perigosa (art. 33, <i>caput</i>).</p> <p>2. Importar, exportar, remeter, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, fornecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo ou guardar, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas (art. 33, I).</p> <p>3. Semear, cultivar ou fazer a colheita, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, de plantas que se constituam em matéria-prima para a preparação de drogas (art. 33, II).</p> <p>4. Utilizar local ou bem de qualquer natureza de que tem propriedade, posse, administração, guarda ou vigilância, ou consente que outrem dele se utilize, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, para o tráfico ilícito de drogas (art. 33, III).</p> <p>5. Fabricar, adquirir, utilizar, transportar, oferecer, vender, distribuir, entregar a qualquer título, possuir, guardar ou fornecer, ainda que gratuitamente, maquinário, aparelho, instrumento ou qualquer objeto destinado à fabricação, preparação, produção ou transformação de drogas, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar (art. 34).</p> <p>6. Financiar ou custear a prática de qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, <i>caput</i> e § 1º, e 34 desta Lei (art. 36).</p>

A respeito dos crimes de ação concretamente perigosa, devemos observar se há relação direta com bens jurídicos fundamentais, se o risco de dano ao bem jurídico é superior ao que é ordinariamente tolerado e se a conduta gera uma situação incontrolável de forma que a ocorrência ou não de uma lesão grave escape do domínio do agente.

No que toca ao crime do art. 39, podemos perceber que ele é uma exceção na Lei de Drogas. Não se associa ao bem jurídico saúde, mas à incolumidade física no tráfego aéreo e marítimo. Sendo assim, não se constitui em objeto de análise deste trabalho.

Quanto às condutas do artigo 33 é possível dizer que os dois primeiros requisitos são satisfeitos. As condutas de prescrever e ministrar drogas, bem como as condutas do § 1º associadas, ocorrem em desacordo com determinações que visam disciplinar o exercício da atividade médica, o que implica presumivelmente em risco grave à saúde. Já as demais condutas pressupõem a oferta de substâncias possivelmente viciantes e sem controle de qualidade a terceiros, o que igualmente se trata de um risco relevante. Quanto ao último critério, ele dependerá do caso concreto.

No que toca a presunção de risco à saúde pela inobservância de normas técnicas um importante problema se apresenta: é possível considerar ilegítimo a prescrição consciente de uma droga ilícita que venha a ser mais eficaz no tratamento de doenças que as lícitas, sendo que tal fato ainda não tenha sido reconhecido pelos órgãos competentes? Ao exemplo do que notoriamente se observou antes da legalização da prescrição de canabidiol, é prudente entender que se provado cientificamente a necessidade da prescrição, o responsável por ela não deverá estar sujeito a qualquer sanção penal.

Quanto aos crimes do artigo 28, não parece razoável concluir que há um aumento relevante do risco à saúde de outra pessoa pela simples força do mau exemplo. A pessoa que decide usar drogas não o faz tão somente porque observa outras pessoas, mas porque se convenceu de que quer suportar os riscos desta atividade, o que é uma decisão estritamente pessoal. Deste modo, o risco criado a terceiros não é relevante, o que implica na observação da completa inviabilidade da punição das condutas do artigo 28 sob o argumento da proibição de incriminação paternalista.

Já no referente aos crimes preparatórios, eles devem visar interesses ilegítimos e não serem benéficos aos demais integrantes da sociedade ou à dinâmica da vida moderna. De

todas as condutas elencadas, podemos verificar a existência de um caso particular no que se refere às condutas tipificadas no artigo 34.

Conforme aponta Salo de Carvalho, não há maquinários ou instrumentos que sirvam exclusivamente à preparação de drogas⁷⁴. Criminalizar a posse de tais objetos, que podem servir a propósitos lícitos e que são benéficos à dinâmica da vida moderna, é, assim, necessariamente incompatível com os critérios que adotamos, sendo semelhante ao exemplo da inviabilidade da criminalização da aquisição de carros e celulares.

Quanto às demais condutas, se verificam comportamentos imprudentes que visam à difusão de substâncias sem qualquer controle de qualidade, não se importando com as consequências que possam advir àqueles que delas se utilizarem. Não se pode de forma alguma considerar aqui qualquer interesse legítimo ou benefício à sociedade.

Desta feita, cabe, por fim, verificar os efeitos que a aplicação do postulado da proporcionalidade pode implicar na análise da lesão ao bem jurídico individual saúde.

3.5 A LEGITIMIDADE CONFORME A PROPORCIONALIDADE

Como o objetivo deste trabalho é verificar eventuais limitações para a legitimidade dos crimes da Lei de Drogas que afetam o bem jurídico saúde individual, não caberá aqui a análise de eventual proteção deficiente de tal objeto de proteção penal. Assim sendo, a análise dos subpostulados normativos da adequação, necessidade e estrita proporcionalidade se guiará na busca de eventual excesso estatal na atuação do legislador penal.

O postulado da adequação é aquele que aponta a idoneidade entre a conduta proibida e o fim estatal. É de se observar nesse momento se há relação lógica entre as várias condutas dispostas na Lei de Drogas e a proteção do bem jurídico individual saúde.

No que toca às condutas dispostas na Lei de Drogas, prontamente se conclui que há lesão ao bem jurídico se a conduta coloca a saúde em legítimo perigo abstrato, conforme exposto no tópico anterior.

⁷⁴ CARVALHO, Salo de. **A Política Criminal de Drogas no Brasil**. 8ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

À luz das críticas apresentadas pela política de redução de danos, é certo que se pode afirmar que tal situação de criação de riscos apenas ocorre porque o próprio Estado se omite a realizar o controle de qualidade sobre as substâncias potencialmente viciantes ao decidir pela vedação do uso de drogas para fins recreativos. Porém, não se pode afastar o fato de que os agentes criminosos estão cientes de tal omissão estatal e mesmo assim eles decidem agir, o que demonstra clara desconsideração pela saúde de terceiros.

Cabe então, observarmos a aplicação do postulado da necessidade. Este postulado exige que o meio idôneo escolhido para o alcance das finalidades estatais seja o que menos afete os direitos dos indivíduos. Assim, devemos asseverar a inexistência de outros meios fora o direito penal para realizar o controle social de condutas.

Aqui nos parece salutar a reflexão de que o crime de prescrever ou ministrar drogas possa ser exercido por profissionais de saúde com profissão regulamentada. Estas pessoas podem ser eficazmente sancionadas administrativamente através da suspensão do registro profissional. Assim, pode-se concluir que a sanção penal não é necessária para desestimular estas condutas.

Em outro sentido, quando pensamos no comércio ilegal de drogas para fins recreativos, observamos que existem pessoas que não possuem nenhuma razão relevante para deixar de praticar as condutas a ele associadas fora a incidência certa da sanção penal. Ao contrário de outros, há aqueles que não estão limitados por dogmas religiosos ou morais, pela preocupação com a própria reputação, pelas exigências de testes para competições esportivas ou contratos de trabalho, pela preocupação em não sofrer desapropriação de seus bens. Assim, a sanção penal para as condutas associadas a este comércio ilegal se mostram necessárias.

Assim sendo, resta, por fim, verificarmos o postulado da estrita proporcionalidade. Nesta seara verificamos se a punição dos crimes ligados a Lei de Drogas trazem mais vantagens do que desvantagens, ou seja, se há uma justa medida entre a defesa do bem jurídico e a punição por sua lesão.

Este ponto, no que toca à Lei de Drogas, evoca o problema do consentimento do ofendido ou consentimento do titular do bem jurídico. Tomando como certo que a lesão à saúde de terceiros nos crimes dispostos na Lei de Drogas só ocorre porque o lesionado consente com os riscos que estão associados ao consumo das substâncias tornadas ilegais, é

possível considerar razoável sancionar penalmente aqueles que agem para satisfazer tal desejo?

Responder esta pergunta demanda pelo menos os seguintes questionamentos: se a pessoa que consente é plenamente capaz, se o bem jurídico saúde é disponível e se é possível admitir a presunção do consentimento.

Quanto à possibilidade de se admitir o consentimento presumido, esta aferição, no que toca aos crimes da Lei de Drogas, é essencial, pois estes delitos são de perigo abstrato.

O consentimento real é aquele no qual uma pessoa concretamente se manifesta no sentido de aceitar a lesão de seu bem jurídico disponível. Esse conceito se difere da concordância, porque nesta, a anuência da pessoa não implica em qualquer lesão⁷⁵. Por exemplo, não há lesão da liberdade sexual se a relação sexual ocorre após anuência, ainda que tácita, das pessoas capazes envolvidas.

Esta modalidade de consentimento deve ser comunicada expressa ou tacitamente com anterioridade ao agressor, pode ser revogada a qualquer tempo e deve ser adequadamente compreendida em todo seu significado e extensão⁷⁶.

Já o consentimento presumido é um conceito construído normativamente tendo em vista certas dificuldades fáticas na obtenção do consentimento real. Ele pode ser justificado pela asserção de que o consentimento real teria sido obtido se fosse possível (por exemplo, autorização para cirurgia de emergência) ou que o consentimento real não foi obtido porque era desnecessário (por exemplo, adentrar casa alheia para apagar incêndio)⁷⁷.

Assim sendo, pode-se admitir que o consentimento do titular do bem jurídico existe porque aquele que adquire as drogas ilícitas para fins ilegais de consumo aceita todos os riscos envolvidos nesta ação, desde possível dependência química ou psicológica até outras afetações a saúde que derivem da falta de qualidade do produto, já que sabe inexistir qualquer tipo de fiscalização estatal.

Este consentimento de nada valerá, contudo, se a saúde for tida como bem indisponível à pessoa, como é o caso da vida. É certo que aquele que tenta o suicídio não pode ser incriminado, assim como aquele que consome drogas. Mas aquele que auxilia o suicídio

⁷⁵ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: parte geral**. 3ª Ed. Curitiba: ICPC, 2008, p. 271.

⁷⁶ *Ibid.*, p. 274-276.

⁷⁷ *Ibid.*, p. 278.

de outro deve ser sancionado, e, assim, deveríamos concluir que também o deve aquele que auxilia o consumo de drogas.

De acordo com Juarez Cirino dos Santos, a saúde individual é um bem disponível de acordo com a extensão, finalidade ou adequação social da lesão respectiva⁷⁸. Já para Paulo Busato, a disponibilidade de qualquer bem deve ser reconhecida apenas pela legislação⁷⁹.

A legislação aponta a disponibilidade da saúde no uso de drogas se isto ocorrer para fins medicinais, científicos ou ritualístico-religiosos⁸⁰. Se tomarmos esta última posição não estaremos avançando no sentido de encontrar limitações materiais para o poder de incriminação do legislador. Esta forma de raciocinar implicaria na observação clara de que a Lei de Drogas proíbe o consumo de drogas para fins recreativos, o que evidentemente significa que a saúde, ao menos nesta forma de lesão, seria indisponível.

Assim sendo, a posição de Juarez Cirino dos Santos é, neste ponto, capaz de maior rendimento para os fins deste trabalho. Através dela podemos sustentar que há disponibilidade da saúde quando do consumo de drogas para fins recreativos se os danos que ele causar no organismo seja baixo ou seu uso venha sendo considerado socialmente como inócuo.

Neste sentido, o exemplo mais marcante seria o consumo de maconha. A inserção desta droga no rol de substâncias proscritas de tratados internacionais teria ocorrido através de uma mentira, a de que seu consumo seria mais grave que o do ópio, e são constantes os relatos científicos de que ela seja menos danosa que substâncias legais como o álcool e o tabaco⁸¹.

⁷⁸ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: parte geral**. 3ª Ed. Curitiba: ICPC, 2008, p. 271.

⁷⁹ BUSATO, Paulo César. **Direito Penal: parte geral**. 2ª Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2015, p. 513-514.

⁸⁰ Art. 2º, Lei 11.343/2006: “Ficam proibidas, em todo o território nacional, as drogas, bem como o plantio, a cultura, a colheita e a exploração de vegetais e substratos dos quais possam ser extraídas ou produzidas drogas, ressalvada a hipótese de autorização legal ou regulamentar, bem como o que estabelece a Convenção de Viena, das Nações Unidas, sobre Substâncias Psicotrópicas, de 1971, a respeito de plantas de uso estritamente ritualístico-religioso. Parágrafo único. Pode a União autorizar o plantio, a cultura e a colheita dos vegetais referidos no caput deste artigo, exclusivamente para fins medicinais ou científicos, em local e prazo predeterminados, mediante fiscalização, respeitadas as ressalvas supramencionadas”.

⁸¹ VALOIS, Luís Carlos. **O Direito Penal da Guerra às Drogas**. 2ª Ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste trabalho restou demonstrado que o Brasil adota a política criminal de guerra às drogas, a qual consiste na opção da proibição da oferta de drogas para fins recreativos como meio de diminuir o risco da incidência do problema da dependência química e psicológica em face de determinadas substâncias, às quais se convencionou chamar de drogas ilícitas.

Contudo, a teoria do bem jurídico, o postulado da proporcionalidade e os critérios que apontam os limites para a punição de delitos de perigo abstrato apontam que não é qualquer medida que em tese vise os fins daquela política criminal que pode ser alçada ao plano de conduta sujeita a sanções penais.

Assim sendo, não se reconhece legitimidade, ainda que adotada a política criminal de guerra às drogas, quando: 1) não se reconhece a disponibilidade do bem jurídico saúde às pessoas capazes quando a droga proibida causa poucos danos ao indivíduo consumidor; 2) não se reconhece a desnecessidade da sanção penal em face de profissionais de saúde, os quais podem ser controlados exclusivamente através de sanções administrativas; 3) se criminaliza condutas ligadas à aquisição de qualquer objeto destinado à fabricação, preparação, produção ou transformação de drogas, os quais também podem ser utilizados para fins lícitos; 4) se considera que os crimes do artigo 28 implicam em criação de risco intolerável à saúde de terceiros pela mera força do mau exemplo.

REFERÊNCIAS

AMELUNG, Knut. **O conceito de bem jurídico na teoria jurídico-penal da proteção de bens jurídicos**. In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (orgs). *O Bem Jurídico como Limitação do Poder Estatal de Incriminar?* 2ªed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

AZEVEDO, André Mauro Lacerda. **O bem jurídico e os crimes de perigo abstrato**. In: AZEVEDO, André Mauro Lacerda; FACCINI NETO, Orlando. *O Bem Jurídico-Penal: duas visões sobre a legitimação do Direito Penal a partir da teoria do bem jurídico*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**. 6ª Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BIRNBAUM, Johann Michael Franz. **Sobre la necesidad de una lesión de derechos para el concepto de delito**. Montevideu: B de F, 2010.

BOZZA, Fábio da Silva. **Bem Jurídico e Proibição do Excesso como Limites à Expansão Penal**. São Paulo: Almedina, 2015.

BUNZEL, Michael. **La Fuerza del Principio Constitucional de Proporcionalidad como Límite de la Protección de Bienes Jurídicos en la Sociedad de la Información**. In: HEFENDEHL, Roland (org.) *La Teoría del Bien Jurídico*. Madri: Marcial Pons, 2007.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acessado em 27/10/2018.

BRASIL. **Lei n. 8.072/1990**. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8072.htm>. Acessado em 27/10/2018.

BRASIL. **Lei nº 11.343/2006**. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm>. Acessado em 27/10/2018.

BUSATO, Paulo César. **Direito Penal: parte geral**. 2ª Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2015.

CARVALHO, Salo de. **A Política Criminal de Drogas no Brasil**. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

CARVALHO, Salo de. **A Política Criminal de Drogas no Brasil**. 8ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

FACCINI NETO, Orlando. **Relações entre o constitucionalismo contemporâneo e o Direito Penal: um estudo a partir do bem jurídico**. In: AZEVEDO, André Mauro Larcerda; FACCINI NETO, Orlando. *O Bem Jurídico-Penal: duas visões sobre a legitimação do Direito Penal a partir da teoria do bem jurídico*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von. **Tratado de derecho penal**. 1ª Ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2007.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Direito Penal: parte geral. Tomo I**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

FREITAS, Marcio Luiz Coelho. **Proporcionalidade, Bem Jurídico e Tutela Penal do Meio Ambiente**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrike. **Presentación**. In: HEFENDEHL, Roland (org.) *La Teoría del Bien Jurídico*. Madri: Marcial Pons, 2007.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **O princípio da proporcionalidade e a possibilidade de controle de constitucionalidade de leis penais**. Revista Fórum de Ciências Criminais, ano 2, n. 3, p. 15-38, 2015.

HASSEMER, Winfried. **Linhas Gerais de uma Teoria Pessoal do Bem Jurídico**. In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (orgs). *O Bem Jurídico como Limitação do Poder Estatal de Incriminar?* 2ªed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

HASSEMER, Winfried. **¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal?** In: HEFENDEHL, Roland (org.) *La Teoría del Bien Jurídico*. Madri: Marcial Pons, 2007.

HEFENDEHL, Roland. **O Bem Jurídico como a Pedra Angular da Norma Penal**. In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (orgs). **O Bem Jurídico como Limitação do Poder Estatal de Incriminar?** 2ªed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

IENNAO, Rodrigo. **Bem Jurídico e Perigo Abstrato: um desenho hermenêutico da ofensividade**. 3ª Ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018.

ISHIDA, Valter Kenji. **Bem Jurídico Penal Moderno**. Salvador: JusPodivm, 2017.

JAKOBS, Günther. **O que é protegido pelo Direito Penal: bens jurídicos ou a vigência da norma?** In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (orgs). **O Bem Jurídico como Limitação do Poder Estatal de Incriminar?** 2ªed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

LINS, Emmanuela Vilar. **A nova Lei de Drogas e o usuário a emergência de uma política pautada na prevenção, na redução de danos, na assistência e na reinserção social**. In: NERY FILHO, A., et al. orgs. **Toxicomanias: incidências clínicas e socioantropológicas**. Salvador: CETAD, 2009.

MACHADO, Fábio Guedes de Paula. **O Princípio da Proporcionalidade no Direito Penal: controle de legitimidade e limitação da intervenção estatal**. Revista dos Tribunais, vol. 904.

NAUCKE, Wolfgang. **O Alcance do Direito Penal Retributivo em Kant**. In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (orgs). **O Bem Jurídico como Limitação do Poder Estatal de Incriminar?** 2ªed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

PESQUISA nacional sobre a aplicação do artigo 28 da lei de drogas: perspectiva de atores jurídicos e usuários. Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas, 2016.

PRADO, Luiz Regis. **Bem Jurídico Penal e Constituição**. 3ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

RAPOSO, Guilherme Guedes. **Teoria do Bem Jurídico e Estrutura do Delito**. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2011.

ROXIN, Claus. **A Proteção de Bens Jurídicos como Função do Direito Penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006.

ROXIN, Claus. **Sobre o Recente Debate em Torno do Bem Jurídico**. In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (orgs). *O Bem Jurídico como Limitação do Poder Estatal de Incriminar?* 2ªed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

SANTIAGO NINO, Carlos. **Ética y Derechos Humanos**. 2ª ed. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1989.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: parte geral**. 3ª Ed. Curitiba: ICPC, 2008.

SCHÜNNEMANN, Bernd. **O princípio da proteção de bens jurídicos como ponto de fuga dos limites constitucionais e da interpretação dos tipos**. In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (orgs). *O Bem Jurídico como Limitação do Poder Estatal de Incriminar?* 2ªed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

STERNBERG-LIEBEN, Detlev. **Bien jurídico, proporcionalidad y libertad del legislador penal**. In: HEFENDEHL, Roland (org.) *La Teoría del Bien Jurídico*. Madri: Marcial Pons, 2007.

STRATENWERTH, Günther. **Sobre o conceito de “bem jurídico”**. In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (orgs). *O Bem Jurídico como Limitação do Poder Estatal de Incriminar?* 2ªed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

STUMM, Raquel Denize. **Princípio da Proporcionalidade no Direito Constitucional Brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

VALOIS, Luís Carlos. **O Direito Penal da Guerra às Drogas**. 2ª Ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017.